

BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 29
Marzo 2019

Plazos de notificación de las resoluciones del fondo de Garantía Salarial y silencio administrativo positivo

Comentario a la sentencia TS (IV) 27-9-18 (Rec. 3540/2017) (Roj: 3562/2018)

Ángel Moreira Pérez

Juez.

Juzgado de lo Social nº 1 de Melilla

La prestación de riesgo en la lactancia natural.

Comentario a la sentencia TS (IV) 26-6-18 (Rec. 1398/2016) (Roj: 2651/2018)

Estefanía López Muñoz

Magistrado.

Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés (Asturias)



NUEVAMUTUA
SANITARIA

Tu seguro
de Ley

www.nuevmutuasantitaria.es/mugeju



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Ramón Gimeno Lahoz



ISSN: 2605-275X

Plazos de notificación de las resoluciones del fondo de Garantía Salarial y silencio administrativo positivo.

Comentario a la sentencia TS (IV)

27-9-18

(Rec. 3540/2017) (Roj: 3562/2018)

Ángel Moreira Pérez

Juez.

Juzgado de lo Social nº 1 de Melilla

RESUMEN: *Solventa el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 871/28, de 27 de septiembre la laguna jurídica existente en el cómputo del plazo para notificar a los interesados las resoluciones expresas dictadas por el FOGASA para que opere o no el instituto del silencio positivo, en relación al artículo 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 mar., que si bien dispone que el plazo máximo para dictar resolución en primera instancia es de tres meses, no contiene referencia alguna a las obligaciones de notificar o de cursar la notificación ni a los plazos para efectuarlas.*

A los efectos de determinar si el silencio derivado de la falta de —una tesis intermedia entre la seguida por la sentencia recurrida, para la que lo relevante es la fecha de notificación del acto expreso al interesado, por lo que la notificación debe efectuarse también dentro de los tres meses—; y la sentencia de contraste, —que defiende que debe estarse a la fecha en que se dicte la resolución, con independencia del instante en que se notifica—, considerando que dentro del plazo máximo de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud, establecido en el art. 28.7

Real Decreto 505/1985, ha de considerarse incluida solamente la obligación de dictar resolución expresa por parte del FOGASA, pero para evitar que se produzcan los efectos del silencio positivo, de haber recibido el interesado la notificación fuera de dicho plazo, deberá acreditar el FOGASA haber cursado de forma idónea la notificación del referido acto expreso dentro del máximo plazo de diez días a partir de la fecha de tal resolución.

VOCES: *acto administrativo; fondo de garantía salarial; silencio administrativo; plazo para resolver.*

COMENTARIO

I. Antecedentes procesales

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla La Mancha dictó sentencia en fecha 23-6-17 (nº 915/17) estimando el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo de 8-10-2015. Consideró que para haber cumplido el FOGASA con el exigible plazo de tres meses, la resolución debería haberse notificado (o cuando menos intentarse su no-

tificación), a más tardar, el día en que se cumplía dicho plazo.

Formulado recurso de casación para unificación de doctrina, se alegó como sentencia contradictora la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de fecha 03-07-2014 -recurso 504/2013), se revocaba la sentencia de instancia en la que se había estimado la pretensión actora al entender que la resolución administrativa denegatoria se había notificado trascurrido el plazo de tres meses establecido para la tramitación del expediente, interpretando la sala de suplicación que el plazo de tres meses previsto para que la Administración dicte la resolución no exige que en dicho plazo se produzca la notificación al afectado.

Se apreció por el Tribunal Supremo contradicción entre las sentencias al haberse resuelto de manera distinta en dos supuestos esencialmente idénticos, puesto que en ambos supuestos se trata de determinar si la notificación al interesado de la resolución del FOGASA fuera del plazo de tres meses, permite aplicar el silencio positivo. En la sentencia recurrida se entiende que, aun estando dictada la resolución dentro de los tres meses, la notificación al interesado practicada fuera del plazo de indicado permite aplicar el si-

lencio positivo; mientras que en la sentencia de contraste se entiende que el plazo de tres meses es únicamente para resolver, siendo independiente el plazo para cursar la notificación y el plazo para practicarla, por lo que, habiéndose dictado la resolución en el plazo de tres meses, no permite la aplicación del silencio positivo.

II. Doctrina de la Sala

Destaca el Tribunal Supremo en su argumentación de que la específica norma aplicable en el ámbito social sobre las prestaciones de garantía salarial únicamente preceptúa que en el plazo de tres meses el FOGASA debe dictar resolución, sin referencia alguna a las obligaciones de notificar o de cursar la notificación ni a los plazos para efectuarlo (artículo 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial).

Igualmente en relación con la Ley 30/ 92, de 26 de noviembre, en concordancia esencial con la actual, significa: a) la aplicabilidad de dicha norma a entidades públicas como FOGASA ex artículo 2.2 —en concordancia esencial con el actual artículo 2.3 de la actual Ley 39/15, de 1 de octubre—; b) el derecho de los ciudadanos a

obtener respuesta expresa de la Administración y a obtenerla en el plazo establecido, fijando, además, plazos concretos para su notificación (art. 42.1, 2 y 3 LRJAPPAC -obligación de resolver; en concordancia esencial con art. 21.1, 2 y 3 LPAC); c) La regla general del silencio administrativo positivo y su eficacia plena, incidiendo en la importancia de la notificación a tales fines (art. 43 LRJAPPAC -Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado, en redacción dada por Ley 25/2009; en concordancia esencial con art. 24 LPAC).; d) La validez y efectos de los actos administrativos desde la fecha en que se dicten sin referencia ahora a la notificación, disponiéndose que “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa” (art. 57.1 LRJAPPAC -efectos; en concordancia esencial con art. 39.1 LPAC); e) Finalmente, la notificación de los actos administrativos y su contenido, el plazo para cursarla y el plazo máximo de la obligación de notificar, preceptuándose que “1. Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente”; que

“2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente”; y que “4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado” (art. 58.1, 2 y 4 -notificación; concordante en lo esencial con art. 40.1, 2 y 4 LPAC).

Con remisión a la doctrina sistematizada entre otras, en la (STS/IV 12-06-2018, rcud 2880/2017) (RJ 2018, 3683) en cuanto al alcance del silencio administrativo positivo, y previo análisis de la jurisprudencia asentada en el ámbito contencioso administrativo, se concluye por la Sala IV que, a la vista de las interpretaciones jurisprudenciales expuestas sobre la normativa

específica de organización y funcionamiento del FOGASA en relación con la normativa relativa al procedimiento administrativo que es aplicable al FOGASA en cuanto sea compatible con los principios afectantes a las prestaciones de garantía salarial, cabe entender que la doctrina jurídicamente correcta no es íntegramente ni la contenida en la sentencia recurrida (lo importante es la fecha de notificación del acto expreso al interesado, por lo que la notificación debe efectuarse dentro del plazo previsto para resolver) ni tampoco esencialmente en la de contraste (debe estarse a la fecha en que se dicte la resolución, con independencia del instante en que se notifica).

Se acoge por la Sala, pues una solución jurídica intermedia, ponderando los intereses en juego y atendiendo a la naturaleza de las prestaciones de garantía salarial como remedio a las situaciones de necesidad de los trabajadores derivadas de los incumplimientos empresariales agravadas en las situaciones de insolvencia y que exigen una rápida respuesta, considerando que dentro del plazo máximo de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud, establecido en el art. 28.7 Real Decreto 505/1985, ha de considerarse incluida solamente la obliga-

ción de dictar resolución expresa por parte del FOGASA, pero para evitar que se produzcan los efectos del silencio positivo, de haber recibido el interesado la notificación fuera de dicho plazo, deberá acreditar el FOGASA haber cursado de forma idónea la notificación del referido acto expreso dentro del máximo plazo de diez días a partir de la fecha de tal resolución.

III. Conclusiones

Resuelve el Tribunal Supremo la laguna jurídica existente en el cómputo del plazo para notificar a los interesados las resoluciones expresas dictadas por el FOGASA para que opere o no el instituto del silencio positivo, partiendo del reconocimiento de que nuestra norma específica, el art. 28.7 del citado Real Decreto 505/1985 (RCL 1985, 894, 1212, 1457), únicamente preceptúa que, en el plazo de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud, el FOGASA debe dictar resolución, pero sin que dicho precepto contenga referencia alguna a las obligaciones de notificar o de cursar la notificación ni a los plazos para efectuarlo; considerando que, aunque no se le resten días al FOGASA del plazo que tiene para dictar resolución, no puede quedar, en perjuicio del in-

terésado, sin fijación de límite el tiempo en que debe serle notificada la resolución expresa por la Administración autora del acto o, al menos, cursada idóneamente la correspondiente notificación, aunque, en principio, se hubiera dictado dentro del plazo de los tres meses indicados, por lo que, en cuanto sea compatible con lo anterior, han de tenerse en cuenta los principios contenidos en la normativa administrativa tras la reforma de las reglas del silencio positivo y en su interpretación jurisprudencial, para evitar la dilación de los plazos y permitir al interesado conocer la aplicación, en su caso y con seguridad jurídica, de los efectos del silencio positivo.

En consecuencia, dentro del plazo máximo de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud, establecido en el art. 28.7 del Real Decreto 505/1985, ha de considerarse incluida solamente la obligación de dictar resolución expresa por parte del FOGASA, pero para evitar que se produzcan los efectos del silencio positivo, de haber recibido el interesado la notificación fuera de dicho plazo, deberá acreditar el FOGASA haber cursado de forma idónea la notificación del referido acto expresa dentro del plazo máximo de diez días a partir de la fecha de tal resolución.

RESUMEN VOCES

La prestación de riesgo en
la lactancia natural

Comentario a la sentencia TS (IV) 26-6-18
(Rec. 1398/2016) (Roj: 2651/2018)

Estefanía López Muñoz
Magistrado.

Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés (Asturias)

RESUMEN *La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018, partiendo de la doctrina comunitaria, plantea una revisión sobre la distribución de la carga de la prueba en los procedimientos en los que se interesa el abono de la prestación por riesgo en la lactancia natural y, de paso, sobre la relevancia del régimen de trabajo a turnos y/o nocturno sobre este tipo de lactancia.*

VOCES: *prestación por riesgo de lactancia natural; carga de la prueba; discriminación directa.*

COMENTARIO

1. Antecedentes procesales

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (sede Albacete) desestimó por sentencia de fecha 9 de febrero de 2016 el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Toledo, de fecha 24 de septiembre de 2014, sobre reclamación por reintegro de prestaciones, la cual absolvía al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y SUMMA 112 (Servicio de Urgencia Médica de Madrid) de la acción ejercitada relativa a que se reconociera el derecho a la prestación por riesgo durante el periodo de lactancia natural, al no haberse acreditado la existencia de riesgos específicos, y tampoco la imposibilidad de la adaptación de las condiciones de su puesto o de un cambio a otro de la misma o diferente categoría exento de esos riesgos o con niveles de riesgos tolerables o controlados.

Formulado recurso de casación para unificación de doctrina, se alegó como sentencia contradic-

tora la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de marzo de 2014 (rollo 1759/2013), en la que se estimó la demanda y se declaró el derecho de la allí demandante a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia natural, que le había sido denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por no presentar su puesto de trabajo un riesgo específico que afectara a esa concreta situación.

Se apreció por el Tribunal Supremo contradicción entre las sentencias puesto que se había resuelto de manera distinta en dos supuestos esencialmente idénticos.

2. Doctrina de la Sala

Dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, nuestro ordenamiento jurídico contempla la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Se trata de aquellos supuestos en los que el puesto de trabajo entraña algún tipo de riesgo para este tipo de lactancia, no es posible el cambio a otro puesto compatible con la situación que se plantea y, por este motivo, se debe suspender el contrato de trabajo. Durante

el tiempo de suspensión, la trabajadora percibe una prestación de la Seguridad Social.

Para que la trabajadora pase a situación de suspensión del contrato de trabajo y percepción de la prestación por riesgo en la lactancia natural, la legislación, el artículo 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social (actual artículo 188 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), con remisión al artículo 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre), establece que en la evaluación de los riesgos del puesto de trabajo deba incluirse la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente y durante el periodo de lactancia natural a “agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico”. Si los resultados de la evaluación revelan un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, el empresario debe adoptar las medidas necesarias

para evitar la exposición a dicho riesgo adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada y, si no es posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora, esta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados, la trabajadora afectada pasa a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural.

Por tanto, la situación protegida por la Seguridad Social requiere:

- 1) Verificar un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo puedan influir negativamente sobre la salud de la mujer y del hijo.
- 2) Imposibilidad de adaptar las condiciones de trabajo o de que la adaptación elimine el riesgo.
- 3) Imposibilidad de traslado de la trabajadora a un puesto o función diferente compatible con su estado.

El problema se viene produciendo en el paso previo de la constatación del riesgo ya que las evaluaciones en los puestos de trabajo suelen ser genéricas. Establecen los riesgos que se aprecian en el puesto por exposición a agentes químicos o biológicos, por cortes o pinchazos con diverso material, por manejo de productos químicos, por la carga mental que supone el trabajo nocturno o a turnos, etc., pero no ponen estos en relación con la situación concreta de lactancia natural. Es decir, identifican el riesgo, pero no determinan en qué manera este puede afectar a la mujer que está dando de mamar.

Aquí nos encontramos con el núcleo de la cuestión puesto que solo un sector de la plantilla de una empresa queda embarazada y da de mamar, las mujeres. En la medida en que no se analizan específicamente los riesgos que para ellas o para sus bebés implica la exposición a determinados agentes tóxicos, químicos o biológicos, a golpes, cortes o a un concreto régimen de trabajo, en tanto no se pone en relación el puesto de trabajo con la especial situación física que implica un embarazo y una lactancia natural, se produce una discriminación de las trabajadoras frente a sus compañeros varones, un trato menos favorable a la mujer vinculado a la lactancia que se

opone a la Directiva 2006/54/CE sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en empleo y ocupación.

Partiendo de esta premisa y de la interpretación que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2017 (caso Otero Ramos) efectúa del art. 4.1 de la Directiva 92/85, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018 (nº 667/2018), ponente Ilma. Sra. D^a María Lourdes Arastey Sahún, plantea la necesidad de reflexionar sobre la distribución de la carga de la prueba en los supuestos de prestación por riesgo durante la lactancia natural por entender que si la evaluación de riesgos los identifica pero no perfila de modo específico la incidencia de estos en el puesto de trabajo durante el periodo de lactancia, corresponde a la demandada acreditar que no existe tal situación de riesgo ya que no puede tratarse a una trabajadora en periodo de lactancia natural igual que a cualquier otro trabajador.

La sentencia analizada finaliza revisando la doctrina relativa a la incidencia del sistema de trabajo a turnos y/o nocturno en la protección

de la lactancia natural puesto que asume que los tiempos de trabajo influyen sobre la calidad y la cantidad del amamantamiento, por lo que ha de tomarse en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. Es decir, no solo ha de analizarse si el puesto de trabajo implica un riesgo para la lactancia por exposición a agentes, por posibilidad de contagios o contacto, sino que también ha de ponderarse si el régimen de trabajo de la madre permite hacer efectiva la lactancia natural, las tomas del bebé y que estas sean regulares y óptimas.

3. Conclusiones

Nos hallamos ante una prestación típicamente femenina y, por tanto, es desde esta dimensión como debe abordarse el estudio de la concurrencia de los requisitos que dan lugar a la misma. Asumiendo esta perspectiva, el análisis de los riesgos del puesto de trabajo no puede efectuarse de manera abstracta sino que, identificados los riesgos, estos han de ponerse en relación con una situación física concreta, la lactancia natural, que solo afecta a un grupo poblacional. Además, no puede perderse de vista que el sistema

de trabajo a turnos puede afectar a la lactancia natural limitando su realización efectiva.

Cabe destacar que la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19-9-2018 (C-41/17), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se pronuncia en iguales términos.

En suma, y como interpreta el Alto Tribunal, para valorar el acceso a la prestación, han de tenerse en cuenta todas estas consideraciones. No hacerlo supone dar a las mujeres trabajadoras un trato discriminatorio por razón de sexo, por haber elegido ser madres y amamantar a sus hijos.